



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC4405-2020

Radicación n.º 13001-31-03-003-2010-00189-01

(Aprobado en sesión virtual de diecisiete de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la Clínica Cartagena del Mar SAS, frente a la sentencia proferida el 10 de febrero de 2015 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario que Márlond Tovar Rodríguez, actuando en nombre propio y en el de su hija menor de edad Martha Edith Tovar Herrera, y Gregorio Enrique Herrera Severiche, promovieron contra la recurrente y Coomeva EPS SA, al cual fue llamada en garantía La Previsora SA Compañía de Seguros.

ANTECEDENTES

1. Los accionantes solicitaron se declare a las convocadas civilmente y extracontractualmente responsables de los daños materiales y extra patrimoniales que padecieron como consecuencia del deceso de su compañera permanente, madre e hija, en su orden; así como

que se les condene al pago de \$1.245'934.487 y \$501'925.136 como lucro cesante a favor de los dos primeros demandantes, respectivamente; \$5'000.000 por daño emergente para el último promotor; y \$515'000.000 para cada uno por concepto de perjuicios morales subjetivos.

2. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico el que a continuación se sintetiza:

2.1. En desarrollo del contrato que Martha Edith Herrera Marriaga sostuvo con Coomeva EPS y la IPS Clínica Cartagena del Mar, a través del cual estas entidades se comprometieron a prestarle los servicios médicos conforme al Plan Obligatorio de Salud, ingresó al servicio de urgencias de dicha IPS el 27 de julio de 2009, por presentar tensión elevada y edema en miembros inferiores, al parecer relacionados con su estado de embarazo, oportunidad en la cual fue mezclada con pacientes que tenían problemas respiratorios agudos.

Producto de este error debió retornar a tal institución el 7 de agosto siguiente con un cuadro gripal y fiebre de tres días de evolución, siendo dada de alta con diagnóstico de resfriado común, a pesar de que calificaba como paciente de alto riesgo para contraer el virus de la influenza A H1N1, al tenor de las circulares 23 y 24 de abril de 2009 del Ministerio de Protección Social.

El 10 de agosto siguiente volvió al servicio de urgencias de la citada IPS, con idénticos síntomas y tos seca, pero esta vez fue diagnosticada con Infección Respiratoria Aguda y dada de alta.

De nuevo regresó a la Clínica Cartagena del Mar el 11 de agosto de 2009 porque sus síntomas persistían, pero negligente e inexplicablemente otra vez fue diagnóstica con resfriado siendo remitida a su residencia, no obstante que ese centro médico estaba elegido por el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena para suministrar el tratamiento que requirieran las personas contagiadas con el virus de la influenza A H1N1.

Ante la falta de atención médica adecuada en la Clínica Cartagena del Mar, Martha Edith Herrera Marriaga se dirigió el 12 de agosto siguiente al servicio de urgencias de la Clínica Crecer, en donde, previa inducción del parto para salvar a su descendiente, falleció el 18 de agosto por la infección del virus de la influenza A H1N1; deceso que pudo evitarse según lo dictaminó el Comité de Vigilancia de Salud Pública y el adelantado por la EPS accionada, la que además no realizó auditoria hospitalaria por falta de acompañamiento, supervisión y vigilancia a los servicios prestados por la IPS.

2.2. La deficiente atención que recibió Martha Edith Herrera Marriaga empezó desde su primer ingreso al servicio de urgencias en la Clínica Cartagena del Mar, pues le formularon medicamentos contraproducentes con su

gravidez de alto riesgo, acompañada de síntomas de pre eclampsia, lo que era conocido en ese lugar porque allí reposaba su historia clínica; porque una falla en el software de su sistema impedía detectar a un paciente hiperconsultante; además no fueron observadas las directrices contenidas en la Circular 48 de 17 de julio de 2009 del Ministerio de Protección Social para calificar a un paciente como sospechoso de portar la influenza A H1N1; se le formuló un antibiótico de amplio espectro, no adecuado para la Infección Respiratoria Aguda a ella diagnosticada; y porque en cada atención le fueron prescritas medicinas distintas.

Entonces, no hubo tratamiento médico oportuno y adecuado por falta de evaluación y cumplimiento de los protocolos de vigilancia en salud pública, tampoco existió correlación entre los hallazgos físicos y el «*plan realizado a la paciente*», se dio mal empleo a las guías de diagnóstico y manejo de los trastornos hipertensivos de la gestación, administración de fármacos inconvenientes, subestimación de los valores de tensión arterial y paraclínicos para clasificar el trastorno hipertensivo, falta de continuidad en la atención prestada por tratarla de forma diferente en tres ocasiones y desprecio del síndrome gripal persistente.

2.3. Martha Edith Herrera Marriaga contaba con 26 años de edad y laboraba para una empresa importadora en la ciudad de Cartagena, por lo que su deceso irrogó perjuicios patrimoniales a los reclamantes al verse privados de la ayuda

económica que aportaba al hogar, máxime si estaba próxima a obtener el título profesional de abogada; así como daños extrapatrimoniales representados en el *pretium dolores* y a la vida de relación porque su hija no podrá desarrollar actividades con la madre, entre otras acciones.

3. Una vez vinculada al pleito, Coomeva EPS SA guardó silencio.

La Clínica Cartagena del Mar se resistió a las pretensiones, propuso la excepción meritoria de «*cumplimiento en la prestación del servicio de salud*» y llamó en garantía a La Previsora SA Compañía de Seguros, fincada en la póliza 1001957 expedida el 5 de noviembre de 2008, que amparaba el riesgo de responsabilidad civil, siendo tomadora y asegurada la Clínica Cartagena del Mar.

Admitida tal tercería, la llamada coadyuvó la oposición a las pretensiones de la demanda e interpuso las defensas perentorias que denominó «*cumplimiento de la prestación del servicio de salud*», «*caso fortuito*» y «*ausencia de culpa probada*»; respecto de su llamamiento radicó las de «*sujeción a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro y la legislación que lo regula*», «*alcance de la cobertura otorgada por La Previsora S.A. frente a los perjuicios reclamados*», «*límite de la responsabilidad del asegurador*», «*límite del derecho a pedir*» e «*inexistencia de la obligación de indexar la suma asegurada*».

4. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, una vez agotadas las fases del juicio, con sentencia de 16 de agosto de 2012 accedió a las pretensiones, condenó a las encartadas al pago de \$110'172.819 a favor de Márlond Tovar Rodríguez y \$90'526.665 para Martha Edith Tovar Herrera por concepto de lucro cesante; \$53'000.000 para cada uno de los promotores a título de perjuicios morales subjetivados; y desestimó el llamamiento en garantía propuesto.

5. Al resolver la apelación interpuesta por los intervinientes, salvo La Previsora SA Compañía de Seguros, el superior modificó la decisión a fin de tasar en \$219'844.173 el lucro cesante para Martha Edith Tovar Herrera, en \$53'000.000 sus perjuicios morales y en \$26'500.000 este mismo daño padecido por Gregorio Enrique Herrera Severiche; por último negó en su totalidad las súplicas de Márlond Tovar Rodríguez.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. De entrada, el *ad-quem* coligió satisfechos los presupuestos procesales, la inexistencia de vicios que impusieran invalidar lo actuado, recordó la institución de la responsabilidad civil médica y concluyó que el caso se enmarca en la tipología extracontractual, en razón a que los demandantes son terceros respecto de la relación que vinculaba a Martha Edith Herrera Marriaga con las accionadas.

Agregó, tras citar doctrina, que para hallar próspera la pretensión invocada se requería la concurrencia de tres requisitos: la culpa de la parte emplazada, el daño padecido por los reclamantes y la relación de causalidad entre este y aquella; siendo del resorte de los peticionarios su acreditación.

2. A continuación señaló que Márlond Tovar Rodríguez no probó la condición que alegó de compañero permanente de Martha Edith Herrera Marriaga, a través de los medios de convicción consagrados en el artículo 4° de la ley 54 de 1990, los cuales no pueden ser suplidos, omisión que resalta su carencia de legitimación por activa; la que sí encontró demostrada en relación con los demás accionantes, con base en los registros civiles que dan cuenta de su parentesco.

3. Seguidamente halló cumplidos los requisitos de la responsabilidad civil solicitada, en tanto se configuró el daño solicitado producto del fallecimiento de la paciente, tras contraer el virus de la influenza A H1N1; la culpa por la inadecuada atención de urgencias en la Clínica Cartagena del Mar, pues a pesar del ingreso de la enferma en tres oportunidades según da cuenta la historia clínica, siempre fue egresada con diagnóstico de resfriado común; y el nexo causal comoquiera que, adujo el fallador, debido a la pandemia desatada por tal virus, el Ministerio de la Protección Social expidió la Circular 48 de 17 de julio de 2009, entre otras, impartiendo directrices a las distintas entidades prestadoras del servicio de salud para detectar la

infección, protocolo que fue desatendido por los galenos de la IPS convocada al punto que no se le calificó como sospechosa de portar el virus, no obstante que presentaba la sintomatología, pues padecía una enfermedad similar a la influenza, por espacio no mayor a siete días de evolución.

Agregó que la «sana lógica» y el «sentido común» imponían la valoración de la paciente por un médico internista u otro galeno especializado, en razón a que ingresó tres veces por urgencias, con poca diferencia de días, en estado avanzado de embarazo (38 semanas) y sin mejoría en su sintomatología (tos seca y cuadro febril), lo que dejaba ver que la medicación no estaba surtiendo efecto; omisión que evidencia el manejo inadecuado de los facultativos al valorarla en cada ocasión de manera aislada, lo que impidió desplegar las pesquisas específicas para detectar o descartar el virus de influenza A H1N1, más si este se había convertido en un problema de salud pública y era de rigor proteger no sólo al paciente sino a su entorno familiar y a la comunidad en general.

4. En relación con la prueba testimonial, después de transcribir en lo pertinente las exposiciones de los declarantes, el fallo precisó que aun cuando los tres médicos que rindieron su versión, tras fungir como dependientes de la Clínica demandada, informaron conocer los protocolos del Ministerio de la Protección Social para detectar y tratar el virus A H1N1 así como que la paciente no presentaba la sintomatología, dichas explicaciones no merecían

credibilidad porque lo cierto es que la historia clínica no da cuenta de actividad alguna para descartar ese germen y, por el contrario, sí lo presagiaba, lo cual ratifica la actitud omisiva colegida y, por ende, negligencia médica.

Dicho actuar despreocupado también se denota del resultado clínico emitido por el Instituto Nacional de Salud el 4 de septiembre de 2009, conforme al cual el deceso de Martha Edith Herrera Marriaga lo originó el virus de la influenza A H1N1, con síntomas que iniciaron el 11 de agosto de 2009, fecha de la última atención suministrada por la Clínica Cartagena del Mar, en la que por lo menos debió sospecharse de tal enfermedad; lo que sí fue realizado al día siguiente cuando acudió a la Clínica Crecer, en donde prontamente se dispuso la práctica de exámenes para determinar si era víctima de la epidemia, según da cuenta el informe emitido por el Comité de Vigilancia de Salud Pública, en el que participaron las sociedades ahora demandadas.

La sentencia tampoco acogió la tesis de los declarantes a cuyo tenor era inviable aplicar a la enferma el medicamento antiviral Oseltamivir por su connotación experimental, ya que la Circular 48 de 17 de julio de 2009 del Ministerio de la Protección Social sí lo autorizaba, a criterio del médico tratante, para pacientes en estado de gravidez que hubieran superado el primer trimestre de gestación, entre otros.

5. Finalmente, la solidaridad entre la IPS Clínica Cartagena del Mar y Coomeva EPS fue deducida aplicando el

artículo 179 de la ley 100 de 1993 y la doctrina que citó (SC de 30 ene. 2001, rad. 5507; SC de 11 sep. 2002, rad. 6430; SC084 de 2005, rad. 14415).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

1. Al amparo de la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, adujo que el fallo atacado vulneró por vía indirecta los artículos 1494, 2341, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil por aplicación indebida, y 1616 de la misma obra por falta de empleo, debido a errores de hecho graves, notorios y trascendentes en la valoración de las pruebas.

2. En desarrollo del reproche, la entidad recurrente argumentó que el Tribunal no valoró en su real dimensión la Circular 48 de 17 de julio de 2009 del Ministerio de la Protección Social, que mostraba la evolución permanente del virus de la influenza A H1N1 y evidenciaba lo difícil de su descubrimiento y manejo, documento que concuerda con el Informe Epidemiológico Mensual expedido por la misma cartera ministerial y el Protocolo de Atención y Manejo de casos de infección por el virus pandémico A H1N1, pretermitidos en el fallo.

En consecuencia, en el mes de agosto de 2009 era difícil diagnosticar y diferenciar la pandemia respecto de un resfriado común u otra infección respiratoria aguda, al punto que su tratamiento no tenía efectividad comprobada.

Por ende, la culpa endilgada a la convocada no podía fincarse en la falta de diagnóstico y tratamiento adecuado del virus, como lo hizo el juzgador colegiado.

3. Agregó que hubo cercenamiento de la historia clínica de Martha Edith Herrera Marriaga, pues demuestra que la atención brindada el 27 de julio de 2009 tuvo como motivo un malestar distinto al virus A H1N1; su ingreso el 7 de agosto de 2009 se debió a que presentaba tos y fiebre de 38 grados; el 10 de agosto evidenció cuadro de 3 días de evolución con molestia general, tos seca y fiebre de 38 grados; y el 11 de agosto mostró alteración de más o menos 7 días de desarrollo, con tos persistente, congestión nasal y fiebre de 37,5 grados.

De todas estas atenciones quedó constancia, de los exámenes de laboratorio practicados y de que la enferma presentó mejoría mientras estuvo en observación, con buen patrón respiratorio y pulmones bien ventilados, síntomas leves que desvirtúan la «*impericia, imprudencia o negligencia*» imputada en la sentencia al personal médico.

Esta lectura de la historia clínica, contrariamente a lo argüido por el fallador, coincide con las declaraciones

recaudadas en el proceso y desfiguradas en la sentencia, pues Gabriel Ernesto Madera Rojas y Libeth Marcela Mercado Serrano informaron que los síntomas presentados por Martha Edith Herrera no imponían calificarla como sospechosa de portar el virus A H1N1; mientras que las versiones de Augusto Llamas Cano y Guillermo Vergara Sagbini, al margen de su afirmación acerca de que la paciente sí podría catalogarse como sospechosa de portar el germen, dan cuenta que el tratamiento de este padecimiento coincidía con el formulado (ambulatorio).

4. El *ad-quem*, añadió la censura, cercenó el Acta del Cove de Mortalidad Materna 003/09 MEHM de 10 de septiembre de 2009, porque de él no se desprende que en la Clínica Crecer fue detectado el virus A H1N1 inmediatamente ingresó Martha Edith Herrera Marriaga el 12 de agosto de 2009, ya que fue necesaria la práctica de exámenes de laboratorio que arrojaron resultados afirmativos días después de su muerte; sin embargo, la sentencia asevera que en tal IPS fue descubierta la influenza en oportunidad.

Tal yerro generó que el funcionario judicial inadvertiera la dificultad en el develamiento de la enfermedad en ambas instituciones de salud.

5. Por último, el cargo argumentó que con base en las conclusiones plasmadas en el Acta del Cove de Mortalidad Materna 003/09 MEHM de 10 de septiembre de 2009, el juzgador tuvo por acreditada la culpa médica, pese a que allí

no obra imputación de responsabilidad en disfavor de la Clínica Cartagena del Mar, y que la prueba testimonial desvirtuó una de las conclusiones de ese estudio, atinente a que el sistema informático de la demandada presentó fallas, pues dichos declarantes expusieron que funcionó a la perfección.

6. En suma, no existía prueba de conducta culposa de los galenos de la Clínica Cartagena del Mar, en tanto que a Martha Edith Herrera Marriaga se le brindó atención oportuna y adecuada conforme a la sintomatología que presentó, la que impedía sospechar la presencia del virus A H1N1, máxime si no existía mecanismo idóneo para detectarlo y tratarlo; por lo que se dio la vulneración del ordenamiento sustancial citado al proferirse sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión de primer orden es precisar que a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil,

será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2. La responsabilidad médica está compuesta por los elementos de toda acción resarcitoria, por cuanto se nutre de la misma premisa, según la cual cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio.

De allí que los agentes involucrados en la prestación del servicio de salud no están exentos de tal compromiso, al igual que acontece en otros eventos configuradores de los presupuestos para reconocer perjuicios, si en desarrollo de esa actividad, ya sea por negligencia, impericia, imprudencia o violación a la reglamentación pertinente, se afecta negativamente a los pacientes, siempre y cuando se acrediten los restantes elementos de la responsabilidad.

Así lo ha expuesto esta Corporación, al señalar:

(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)'. (CSJ SC de 30 de enero de 2001, rad., n° 5507).

3. En el *sub-lite*, según se desprende del cargo elevado por la recurrente, son puntos pacíficos la tipología de la responsabilidad que el juzgador de segunda instancia

estableció, la solidaridad entre las convocadas, el daño que tuvo por acreditado en detrimento de los reclamantes, su tasación y el régimen de culpa aplicado.

En efecto, el reproche en casación se dirigió a refutar al *ad-quem* porque tuvo por demostrada la culpa de la parte demandada en la atención médica prestada a Martha Edith Herrera Marriaga, limitante a partir de la cual la Sala debe abordar el estudio del ataque.

4. Con tal propósito, *ab-initio* se observa que el embate casacional no cumple las exigencias formales, porque luce desenfocado.

Ciertamente, es de rigor para quien acude a este mecanismo de defensa orientar acertadamente sus críticas, lo cual le impone atacar las razones, sean jurídicas o fácticas, de la sentencia cuestionada.

De allí que si para tales efectos aduce consideraciones ajenas a la decisión, por una incorrecta asunción de lo realmente plasmado en ella, la recriminación deba desestimarse al no estar dirigida hacia los pilares de la providencia del *ad-quem*.

Sobre el tema esta Corporación ha establecido:

(...) 'la Corte ha señalado que '[d]e manera, pues, que en esas condiciones el reproche resulta desenfocado, en la medida en

que no guarda una estricta y adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar' (...) o que 'resulta desenfocado, pues deja de lado la razón toral de la que se valió el ad quem para negar las pretensiones (...) Ignorado fue, entonces, el núcleo argumentativo del fallo impugnado, haciendo del cargo una embestida carente de precisión, pues apenas comprende algunas de las periferias del asunto, lo cual anticipa su ineficacia para propiciar el pronunciamiento de la Corte.' (CSJ AC 23 nov. 2012, rad. 2006-00061-01).

De tal falencia padece el reproche bajo estudio, porque la reclamante censura al Tribunal por haberle imputado negligencia al omitir el diagnóstico y tratamiento del virus de la influenza A H1N1 que portaba Martha Edith Herrera Marriaga.

Sin embargo, una lectura reposada del proveído impugnado deja al descubierto que en él no se censuró a la Clínica Cartagena del Mar por la falta de diagnóstico y tratamiento de la aludida enfermedad, sino por haber perdido la oportunidad de realizar las averiguaciones necesarias para descartar el virus o corroborar su presencia en la paciente.

Efectivamente, el juzgador de última instancia adujo que «a la paciente en ningún momento se le consideró como paciente **sospechoso** (sic) **o probable** para la influenza AH1N1, dado que, conforme a las directrices brindadas por el Ministerio de Protección Social, la sintomatología encajaba **siquiera para un caso sospechoso de contagio**» (folio 97, cuaderno del Tribunal, resaltado ajeno).

También consideró que «[q]uizás una atención especializada hubiera prendido las alarmas de un **posible** caso de AH1N1, lo que implicaba realizar las pruebas correspondientes en orden a **confirmarlo o descartarlo**, máxime que para la fecha de ocurrencia de los hechos ya se había convertido en un problema de salud pública» (folio 98, *ídem*).

En el mismo sentido el fallo razonó que «en la Historia Clínica no se dejó consignado por parte de los médicos que se hubiese puesto en práctica el protocolo para **descartar** la enfermedad» (folio 102, resaltó la Sala).

Así las cosas, el cargo no guarda simetría con las consideraciones del *ad-quem*, en razón a que reprocha postulados que no están plasmados en el fallo.

De allí que la alegación de la recurrente, según la cual los exámenes practicados a la enferma y la mejoría presentada por ella mientras estuvo en observación en la Clínica Cartagena del Mar desvirtúan la culpa que le fue imputada, resulten inanes para casar el fallo, como quiera que ponen de presente la actividad desplegada para tratar un padecimiento distinto al que le quitó la vida a Martha Edith Herrera Marriaga.

Lo anterior es ratificado con la alegación de la demandada, pues no está dirigida a mostrar que realizaran procedimientos tendientes a detectar el virus de la influenza A H1N1, lo cual denota lo asimétrica de su censura.

Esta falencia técnica es reiterada por la empresa recurrente al aseverar que la sentencia proclamó, al valorar el Acta del Cove de Mortalidad Materna 003/09 MEHM de 10 de septiembre de 2009, que la Clínica Crecer detectó el virus A H1N1 inmediatamente Martha Edith Herrera Marriaga ingresó a sus instalaciones el 12 de agosto de 2009, que en ese mismo documento se le endilgó un actuar culposo a la Clínica Cartagena del Mar y que hubo una falla en su sistema informático.

Dichas reflexiones no obran en la providencia rebatida, en tanto el Tribunal, de cara al aludido medio suasorio, señaló que *«de acuerdo al COVE, al momento de ingresar a otra Clínica en esta (sic) caso CRECER, se tiene que de inmediato en la impresión diagnóstica se determinó **DESCARTAR** VIRUS A H1N1, lo que demuestra una vez más la negligencia médica por parte de los profesionales que atendieron en su oportunidad a la hoy occisa»* (folio 103, resaltado extraño al texto).

Es decir que el juzgador colegiado no consideró que en la Clínica Crecer hubiera sido detectado el aludido germen inmediatamente se le prestó atención a Martha Edith Herrera Marriaga, su razonamiento fue que se iniciaron las indagaciones pertinentes para desechar su presencia.

El Tribunal tampoco señaló que el COVE hubiera colegido culpable a la Clínica Cartagena del Mar, pues lo que extractó de su informe es que inmediatamente ingresó la

paciente a la Clínica Crecer, esta entidad procedió a realizar los exámenes necesarios para descartar la influenza A H1N1, y de allí concluyó que como esas indagaciones no fueron desplegadas por la demandada al descubierto quedó su actuar negligentemente.

Menos afirmó ese juzgador que se hubiera presentado una falla en el sistema informático de la Clínica Cartagena del Mar o que tal situación hubiese influido en el servicio prestado a la paciente.

Consecuentemente, el agravio bajo estudio fue desenfocado o asimétrico porque varios de sus argumentos están dirigidos a enjuiciar consideraciones del fallo de segundo grado que realmente no están contenidas en él, en la medida en que el Tribunal no imputó negligencia a la IPS demandada por omitir el diagnóstico y tratamiento del virus de la influenza A H1N1 que afectó a Martha Edith Herrera Marriaga, tampoco afirmó que la Clínica Crecer hubiera hallado ese virus inmediatamente la paciente ingresó a sus instalaciones, ni que el Comité de Vigilancia atribuyera responsabilidad a la Clínica Cartagena del Mar.

Tal falencia es suficiente para colegir inviable ese ataque del libelo extraordinario, porque el numeral 2° del artículo 344 del Código General del Proceso consagra que el escrito con que se promueve la casación debe contener *«[l]a formulación, por separado, los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa.»*

Y es que este recurso, por su naturaleza extraordinaria, impone al censor el respeto de unas reglas técnicas orientadas a facilitar la comprensión de los argumentos con que pretende rebatir los sustentos del proveído atacado. De ello se deriva la aplicación del principio dispositivo, en cuya virtud esta Corporación no puede subsanar las deficiencias observadas en la demanda de casación.

Así lo tiene advertido la Sala al exigir que *«[s/in distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos»* (CSJ AC7250 de 2016, rad. 2012-00419-01).

No podría ser de otra forma, pues el recurso se encuentra en manos del recurrente, quien establece los motivos y las razones que pueden dar lugar a la casación, sin que el órgano de conocimiento pueda sustituir al legitimado para su interposición, ya que de lo contrario asumiría el rol de juez de instancia y suplantaría al censor¹.

5. En adición, el cargo igualmente incumple la exigencia formal de ser completo, como quiera que fueron varios los

¹ Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, J.M. Bosh, Barcelona, 1998.

pilares que cimentaron el fallo condenatorio, sin que fueran combatidos íntegramente por la sociedad perdedora.

5.1. En cuanto a los elementos de prueba que sirvieron al despacho judicial de segundo grado para concluir que la parte demandada actuó negligentemente, tuvo en cuenta: i) la historia clínica de Herrera Marriaga; ii) la Circular 48 de 17 de julio de 2009 del Ministerio de Protección Social, que dio las pautas para calificar a un paciente como sospechoso de portar la influenza A H1N1 e indicó el procedimiento a seguir; iii) los testimonios de Gabriel Ernesto Madera Rojas, Libeth Marcela Mercado Serrano, Augusto Llamas Cano y Guillermo Vergara Sagbini; iv) el Acta del Cove de Mortalidad Materna 003/09 MEHM de 10 de septiembre de 2009; y, v) el informe del Instituto Nacional de Salud, conforme al cual el deceso de la paciente tuvo como causa el virus de la influenza A H1N1 con síntomas que iniciaron el 11 de agosto de 2009.

Sin embargo, los cuestionamientos de la enjuiciada sólo achacan al *ad-quem* errores fácticos en la valoración probatoria de los cuatro primeros medios de prueba citados, mas no del último.

Es decir, quedó incólume por falta de tacha la apreciación que la sentencia plasmó respecto del informe del Instituto Nacional de Salud, en que también fundó la culpa asignada a la recurrente, porque de esa pieza documental extrajo que la muerte de Martha Edith Herrera Marriaga se originó en la infección producida por el virus de la influenza A H1N1 y que sus síntomas iniciaron el 11 de agosto de 2009,

fecha en la cual la Clínica Cartagena del Mar atendió por última vez en el servicio de urgencias a la paciente, sin practicarle los exámenes necesarios para determinar o descartar la presencia de la referida bacteria.

5.2. De otro lado, en relación con el proceder de los facultativos que atendieron en la sección de urgencias a Martha Edith Herrera Marriaga, el Tribunal consideró que hubo inadecuada atención porque: i) no observaron las pautas para detectar el virus A H1N1 y tratarlo, contenidas en la Circular 48 de 17 de julio de 2009 del Ministerio de la Protección Social, en concordancia con la historia clínica de la paciente, ya que no se le calificó como sospechosa de portar la infección a pesar de presentar la sintomatología; y, ii) que la sana lógica y el sentido común obligaban a que la paciente fuera valorada por un médico especializado, en razón a que ingresó tres veces por urgencias, con poca diferencia de días, en estado avanzado de embarazo (38 semanas) y sin mejoría en su sintomatología (tos seca y cuadro febril), lo que imponía suponer que la medicación no estaba surtiendo efecto.

El cuestionamiento que en casación esgrime la compañía inconforme crítica, únicamente, el primero de estos argumentos del *ad-quem*, al pretender mostrar que los síntomas presentados por Herrera Marriaga no imponían clasificarla como sospechosa de portar el virus de la influenza A H1N1, por lo que el tratamiento impartido fue pertinente para el resfriado diagnosticado.

Entonces, el cargo dejó de lado la segunda consideración del funcionario judicial según la cual la evolución que presentó la paciente durante los días 7 a 11 de agosto de 2009, debió llamar la atención de los médicos del servicio de urgencias de la Clínica Cartagena del Mar.

Los olvidos descritos traducen que el reproche incoado por la entidad perdedora de la litis fue incompleto, porque aun de aceptarse que el juez de segundo grado cometió los yerros probatorios que se le endilgan, su determinación estimatoria se mantendría erigida en los soportes que no fueron impugnados.

Tal falla es suficiente para desechar el reproche porque:

Sobre el particular esta Sala tiene dicho que '(...) el recurso de casación debe contar con la fundamentación adecuada para lograr los propósitos que en concreto le son inherentes y, por disponerlo así la ley, es a la propia parte recurrente a la que le toca demostrar el cabal cumplimiento de este requisito, lo que supone, además de la concurrencia de un gravamen a ella ocasionado por la providencia en cuestión, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad, teniendo en cuenta que, cual lo ha reiterado con ahínco la doctrina científica, si la declaración del vicio de contenido o de forma sometido a la consideración del Tribunal de Casación no tiene injerencia esencial en la resolución jurisdiccional y ésta pudiera apoyarse en premisas no censuradas eficazmente, el recurso interpuesto carecerá entonces de la necesaria consistencia infirmatoria y tendrá que ser desechado'. (...) En la misma providencia, se añadió que '(...) para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación de la que se viene hablando, el recurrente tiene que atacar idóneamente todos los elementos que fundan el proveimiento,

explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a la ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad sustancial vulnerada, lo que impone entre otras cosas de no menor importancia por cierto, que la crítica a las conclusiones decisorias de la sentencia sea completa'. Ello significa que el censor tiene la ineludible carga de combatir todas las apreciaciones de fondo que conforman la base jurídica esencial del fallo impugnado, sin que sea posible desatender y separarse de la línea argumental contenida en aquel proveído (...) (CSJ AC 29 oct. 2013, rad. n° 2008-00576-01, reiterada en AC7236 de 2015, rad. n° 2001-29864-01).

Así las cosas, como es menester atacar todas las bases del fallo cuestionado, lo cual no hizo la recurrente, es infructuoso el presente mecanismo de defensa.

6. No obstante que lo explicitado en precedencia basta para descartar el reproche casacional, la Sala también colige que si se dejaran de lado las falencias técnicas referidas, el ataque seguiría siendo insuficiente para quebrar la sentencia fustigada, porque las equivocaciones probatorias en él alegadas no ocurrieron.

Efectivamente, la vulneración de la ley sustancial por vía indirecta tiene dos vertientes, en la medida en que el juez puede incurrir en dicho quebrantamiento cometiendo errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación alegada en el *sub lite* -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque

supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)' (CSJ, SC9680 24 jul. 2015, rad. n° 2004-00469-01).

Sin embargo, contrariamente a lo argüido en el cargo, el Tribunal no incurrió en los yerros fácticos al estimar los elementos suasorios, como pasa a verse:

Cierto es que la Circular 48 de 2009 del Ministerio de la Protección Social previó que los pacientes catalogables como sospechosos de portar el virus de la influenza A H1N1 serían quienes presentaran «*síntomas de Infección Respiratoria Aguda con manifestaciones clínicas leves o enfermedad similar a influenza (ESI) de inicio súbito, con fiebre mayor de 38 °C y tos, y otros síntomas de tracto respiratorio superior,*

de no más de siete (7) días de evolución» (folio 304, cuaderno 2); y que su manejo sería «*ambulatorio*» (folio 306, *ibídem*).

También es verídico que Martha Edith Herrera Marriaga no presentó más de 38 grados centígrados de temperatura corporal en las tres atenciones que le fueron prestadas en el servicio de urgencias de la Clínica Cartagena del Mar, según da cuenta su historia clínica, en tanto en las dos primeras alcanzó ese límite sin superarlo, mientras que en la última mostro 37,5 °C.

A pesar de tales evidencias, el fallador colegiado no tergiversó ni cercenó los aludidos documentos cuando afirmó que Herrera Marriaga debió ser considerada sospechosa de portar el virus, en tanto que otros medios de convicción pusieron de presente que la paciente sí debió ser tildada de padecer el contagio.

Efectivamente, el juzgador de instancia refirió que el informe del Instituto Nacional de Salud de 4 de septiembre de 2009, rotuló que la muerte de Martha Edith Herrera Marriaga la produjo el virus de la influenza A H1N1 y que sus síntomas iniciaron el 11 de agosto de 2009, día en que precisamente fue atendida en la Clínica Cartagena del Mar.

Igualmente, los testimonios de Augusto Llamas Cano y Guillermo Vergara Sagbini, transcritos en el fallo, informaron que la paciente catalogaba como sospechosa de portar el germen, aseveración que la empresa recurrente no desconoce pero que menosprecia alegando que ese dictamen es

intrascendente porque el tratamiento aplicado correspondió al previsto para tratar la enfermedad.

Incluso, el último de dichos testigos adicionó que otro motivo para que Martha Edith fuera tratada con más celo, a fin de ser catalogada como sospechosa de tener el virus, era su estado de gravidez.

En este orden, son inexistentes los errores de hecho alegados en el reproche casacional, porque el *ad-quem* valoró en conjunto las pruebas acopiadas para extractar que Herrera Marriaga era sospechosa de contagio del virus A H1N1, en razón a que así los mostraban pruebas documentales y testimoniales, aun cuando la historia clínica de la enferma y la Circular 48 de 2009 del Ministerio de la Protección Social podrían dar lugar a pensar lo contrario, porque no presentó fiebre superior a 38°C.

Muestra de la citada valoración aunada, conforme al canon 187 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor «[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica ...», es que el funcionario judicial agregó que la evolución presentada por la paciente, durante los días 7 a 11 de agosto de 2009, debió llamar la atención de los médicos del servicio de urgencias de la Clínica Cartagena del Mar, en razón a que la «sana lógica» y el «sentido común» imponían su evaluación por un médico especializado.

Por consecuencia, no se dieron las falencias de hecho en la estimación de los elementos persuasivos endilgadas al juzgador de segundo grado, toda vez que sus conclusiones obedecieron a la preminencia que otorgó a unos medios de convicción sobre otros.

7. De lo analizado emerge que el *ad quem* no incurrió en la conculcación del ordenamiento sustancial enrostrada, circunstancia que conlleva a la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final, artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y al señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 *ibídem*, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora omitió replicar la demanda de casación.

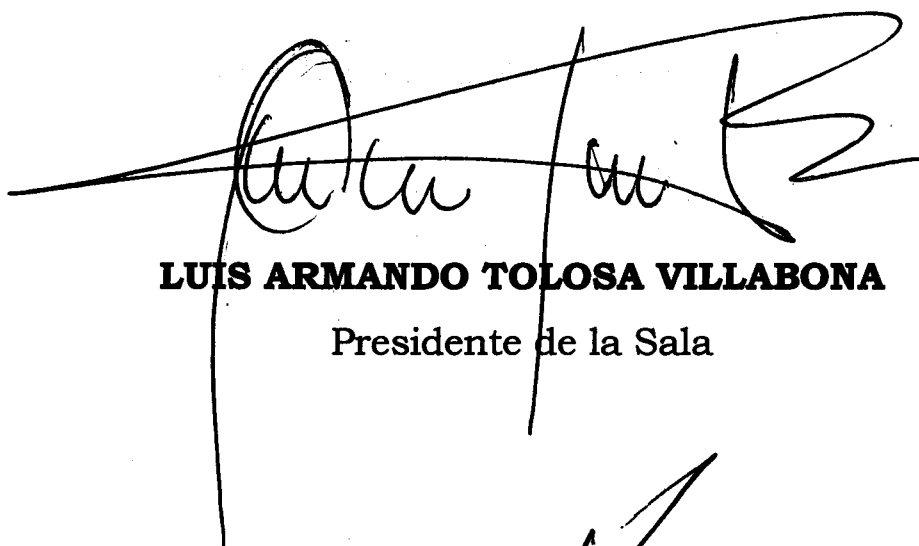
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 10 de febrero de 2015 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario que Márlond Tovar Rodríguez, actuando en nombre propio y en el de Martha Edith Tovar Herrera, y Gregorio Enrique Herrera Severiche, promovieron contra la Clínica Cartagena del Mar SAS y Coomeva EPS SA.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6'000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

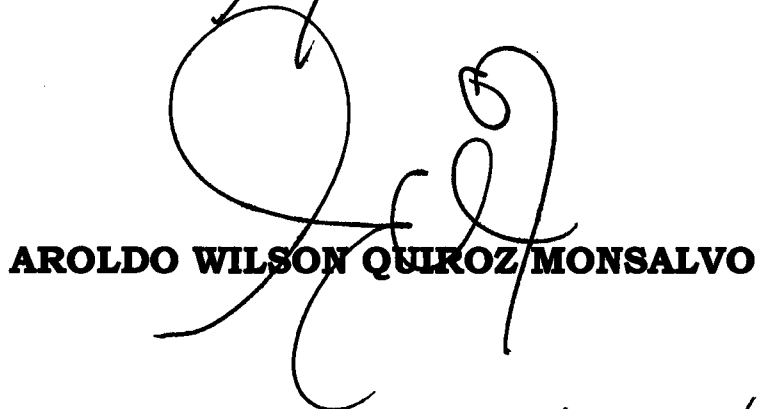


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de la Sala



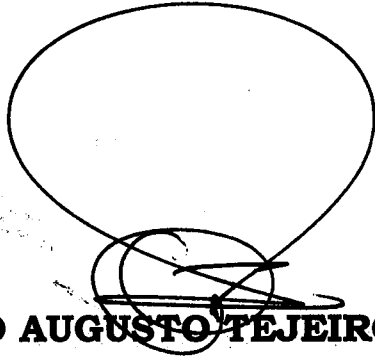
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



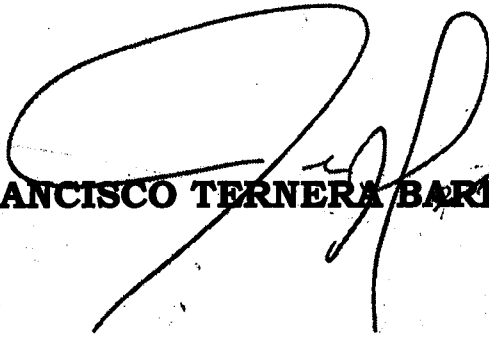
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO FUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS

